

Corona-Triage ohne gesetzliche Grundlage?

Alexander Brade

2020-08-17T10:00:49



Von

[ALEXANDER BRADE](#) und MAXI MÜLLER

Mit am 14.08.2020 veröffentlichtem [Beschluss](#) hat das BVerfG einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung (§ 32 BVerfGG) abgelehnt, der unter anderem darauf zielte, den Bundesgesetzgeber zu verpflichten, verbindliche Vorgaben für eine Situation der sog. Triage zu machen, die aufgrund von Kapazitätsengpässen im Rahmen der Covid-19-Pandemie entstehen könne. Dabei stützt sich das Gericht im Wesentlichen darauf, dass es das erkennbare Infektionsgeschehen in Deutschland zum Zeitpunkt der Entscheidung (Mitte Juli 2020) nicht als wahrscheinlich erscheinen lasse, dass eine Situation eintritt, die eine Triage notwendig macht, was vor dem Hintergrund einer sich seitdem abzeichnenden „zweiten Welle“ einer Neubewertung bedarf.

Hintergrund

Die Triage bei einer Pandemie ist bis dato einfachgesetzlich nicht ausdrücklich normiert (zum gesetzlichen Rahmen bei der Organverteilung: [Amos, JuWissBlog Nr. 74/2020](#)). Weder existiert eine positive Regelung zur Verfahrensweise, also dazu welchen Personen im Falle knapper medizinischer Ressourcen (Beatmungsgeräte, Intensivbetten, etc.) eine an sich notwendige lebensrettende Behandlung zukommt und welchen nicht, noch gibt der Gesetzgeber eine negative Beschreibung der Kriterien vor, die bei dieser „Sortierung“ nicht angewendet werden dürfen. Als Orientierungshilfen erweisen sich daher einzig die ethischen Leitlinien, die medizinische Fachgesellschaften und der [Deutsche Ethikrat](#) angesichts der Corona-Krise veröffentlicht haben. Dabei beschränkt sich letzterer auf „den Bereich des nicht mehr Zulässigen“ (S. 4) während die Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI) darüber hinausgeht und vorschlägt, [Patienten nach Maßgabe des Kriteriums der klinischen Erfolgsaussicht zu priorisieren](#) (S. 4).

Indes stellt sich die Frage, ob sich der Gesetzgeber darauf zurückziehen darf. Nimmt man die Beschwerdeführenden in den Blick, die unter verschiedenen Behinderungen und Vorerkrankungen leiden und daher befürchten müssen, im Ernstfall medizinisch schlechter behandelt zu werden, geht es – wie das BVerfG mit Recht hervorhebt und doch im Eilverfahren unbeantwortet lässt – konkret darum, „ob und wann gesetzgeberisches Handeln in Erfüllung einer Schutzpflicht des Staates gegenüber behinderten Menschen verfassungsrechtlich geboten ist und wie weit der Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers für die Regelung konkreter medizinischer Priorisierungsentscheidungen reicht.“ ([Rn. 6](#)).

Prinzipielle Zulässigkeit einer gesetzlichen Regelung

Dass die Möglichkeiten des Gesetzgebers, abstrakt bindende Vorgaben für die Allokation knapper Ressourcen zu machen, [wie mitunter behauptet wird](#), aus Verfassungsgründen begrenzt seien, ist unzutreffend. Insbesondere könnte er die sog. Maximierungsformel, d.h. die Rettung möglichst vieler Personen, zum Leitbild der Triage erheben. Zwar sind die Grundrechte als Abwehrrechte für Schutzsphären von Individuen konzipiert und nicht zur Aggregation eines Gemeinwohles (vgl. [Dessauer, Philosophische Überlegungen zum Luftsicherheitsgesetz, S. 40](#)). Auch gehört hierhin das Prinzip der Lebenswertindifferenz als Ausprägung der Menschenwürde ([Art. 1 I GG](#)). Danach darf das Leben in keinem Fall als Bestandteil einer Kosten-Nutzen-Rechnung, wie sie der Utilitarismus in Form eines hedonistischen Kalküls anstellt, verstanden werden (vgl. auch [BVerfGE 115, 118 \[139 u. 154\]](#)). Im Fall der Triage bliebe daher nur noch die Möglichkeit, den Zufall (Losverfahren und/oder strikte zeitliche Priorität) über die Behandlungspriorität entscheiden zu lassen (in diese Richtung [Fateh-Moghadam/Gutmann, VerfBlog 2020/4/30](#)), was der Gesetzgeber – teilte man diese Prämisse – entsprechend regulativ aufgreifen könnte.

Gerade hieran zeigt sich jedoch, dass sich die These vom absoluten Lebensschutz kaum halten können. Eine Verabsolutierung von Werten darf nämlich unter keinen Umständen dazu führen, dass darüber der einzelne konkret rettbarer Mensch und damit eine gerechte Lösung im Einzelfall vergessen werden (so [Brech, Triage und Recht, S. 244](#); abweichender Ansatz bei [Lübbe, VerfBlog 2020/3/15](#)). Die deutsche Rechtsordnung erkennt bereits zahlreiche Ausnahmen zu diesem Grundsatz an, darunter das Recht, einen anderen in Notwehr zu töten ([§ 32 StGB](#)), sowie die Privilegierung der Tötung auf Verlangen ([§ 216 StGB](#)). Dogmatisch stützen lässt sich dies am ehesten mit dem in [Art. 2 II 3 GG](#) statuierten Gesetzesvorbehalt, der den Weg zu einer Abwägung auf Rechtfertigungsseite ebnet. Nicht umsonst hat das BVerfG eine Abwägung zwischen dem Leben der Mutter und dem Leben des ungeborenen Kindes als „verfassungsrechtlich hinzunehmen“ bezeichnet ([BVerfGE 39, 1 \[48\]](#)). Mehr noch: Wenn dies sogar dann der Fall sein soll, wenn medizinisch gesehen beide Leben (Mutter und Kind) rettbar sind, kann im Fall der unmöglichen Rettung aller Beteiligten nichts anderes gelten (vgl. [Junghanns, Verteilungsgerechtigkeit in der Transplantationsmedizin, S. 55](#)).

Hierin liegt schließlich auch kein Widerspruch zum [Urteil des BVerfG zum Luftsicherheitsgesetz](#). Anders als im Fall des staatlichen Abschusses eines

Flugzeugs wird der „hoffnungslose Patient“ im Rahmen der (ex ante-)Triage nicht aktiv getötet, sondern seine Behandlung – bei Sicherstellung einer palliativen Behandlung – „lediglich“ unterlassen, wofür statt der Abwehr- die Schutzpflichtdimension des Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit ([Art. 2 II 1 GG](#)) bzw. der Menschenwürde ([Art. 1 I GG](#)) maßgeblich ist (vgl. [Hong, VerBlog 2020/3/29](#); aus der Rspr. etwa: [BVerfGE 46, 160 \[165\]](#); zur sog. ex post-Triage nur [Gelinsky, Was regeln in einem Triage-Gesetz?, S. 9](#)). Abgesehen davon handelt es sich bei diesem Unterlassen nicht um eine bewusste Entscheidung, sondern vielmehr um eine alternativlose Notwendigkeit, von der man bei dem Abschuss eines Objekts im Luftraum, das durch eigenverantwortlich handelnde Terroristen gesteuert wird, nicht ohne weiteres sprechen kann.

Untätigkeit des Gesetzgebers als Schutzpflichtverletzung

Es ist also nicht die Würde des Menschen, die verhindert, dass das Optimierungsprinzip zum Tragen kommt; [Art. 3 GG](#) i.V.m. [Art. 2 II 1 GG](#) gebieten es im Gegenteil, dass der Staat dafür Sorge trägt, dass möglichst vielen Menschen eine überlebenswichtige Behandlung zu Teil wird. Dazu gehört die gesetzgeberische Vorgabe, dass knappe medizinische Ressourcen willkürfrei, also unter den dringlichsten Patienten entsprechend der Erfolgsaussicht der Behandlung eingesetzt werden müssen. Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass eine Gefährdung des Schutzguts deswegen ausscheide, weil die jüngsten einschlägigen Fachempfehlungen ebenfalls auf diesem Grundgedanken aufbauen, da diese nicht verbindlich sind und ihre strikte Einhaltung daher keineswegs sichergestellt ist. Abgesehen davon besteht über die anzuwendenden Maßstäbe keineswegs Einigkeit, wie der Blick in katastrophenmedizinische Leitfäden illustriert (vgl. [Kern, in: Weidinger \(Hrsg.\), Katastrophenmedizin, S. 53](#)).

Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber auch diejenigen Kriterien festzulegen hat, die bei der Bestimmung der Erfolgsaussicht keine Rolle spielen (dürfen). Zu denken ist dabei zunächst an das kalendarische Alter, das im Unterschied zum biologischen Alter keinerlei Bezug zum Differenzierungsziel der Maximierung der Überlebendenzahl hat. Zudem hat sich der Gesetzgeber – um auf den Ausgangsfall zurückzukommen – an [Art. 3 III GG](#) auszurichten, der auch mittelbare Diskriminierungen zulasten Behinderter verbietet ([Heun, in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 138](#)). Vergewegenwärtigt man sich nun, dass die [DIVI-Empfehlungen](#) trotz ihrer Beteuerung, keine Diskriminierung „aufgrund bestimmter Grunderkrankungen oder Behinderungen“ (S. 5) zuzulassen, die „Clinical Frailty Scale“ (S. 7) auch auf Behinderte anwendet, die zumeist von Geburt einen höheren Assistenzbedarf haben und daher regelmäßig eine schlechtere Einordnung erfahren dürften, wird deutlich, dass ein Tätigwerden des Gesetzgebers unausweichlich ist, um sicherzustellen, dass die Bestimmung der Erfolgsaussicht unter Außerachtlassung des allgemeinen prämorbidem Gesundheitszustandes erfolgt.

Doch auch ungeachtet dessen ist die Triage ein Vorgang, der von höchster grundrechtlicher Bedeutsamkeit ist. In Rede steht ein Prozess, welcher grundsätzlich dazu geeignet ist, den jeweils Betroffenen in [Art. 1 I 1 GG](#), [Art. 2 II 1 GG](#) und/oder [Art. 3 GG](#) zu verletzen. Dabei gilt es, dem Wesentlichkeitsgrundsatz Rechnung zu

tragen, wonach der parlamentarische Gesetzgeber verpflichtet ist, wesentliche, für die Grundrechtsverwirklichung maßgebliche Regelungen selbst zu treffen und nicht anderen Normgebern oder der Exekutive zu überlassen ([BVerfGE 147, 253 \[309 f.\] m.w.N.](#); speziell mit Bezug zur Triage: [Taupitz, MedR 2020, 440 \[442\]](#)). Zu diesem Ergebnis wird man erst Recht dann kommen müssen, wenn man in der Befolgung des Maximierungsziels einen Vorgang sieht, der gegen die Menschenwürde verstößt. Denn „es [kann] schwerlich ein Gebot der Menschenwürde sein, Entscheidungen über Leben und Tod der betroffenen Patienten an nicht demokratisch legitimierte private Verbände auszulagern.“ ([Engländer/Zimmermann, NJW 2020, 1398 \[1402\]](#)). Im Lichte dessen dürfte auch die Einsetzung eines Gremiums, das die Verteilung knapper intensivmedizinischer Ressourcen vorläufig regelt, keinen Gewinn darstellen, zumal – wie das BVerfG betont – ein solches Gremium über eine geringere Legitimation als beispielweise der Deutsche Ethikrat verfügte, den der parlamentarische Gesetzgeber eingerichtet hat ([Rn. 10](#)).

Fazit und Ausblick

Der Gesetzgeber hat nach all dem neben dem (Maximierungs-)Ziel und der damit einhergehenden Notwendigkeit, zur Ermittlung der „Hoffnungslosengruppe“ nach Erfolgsaussicht der Behandlungen zu priorisieren, auch diejenigen Kriterien vorzugeben, die dabei außer Acht bleiben müssen, wobei namentlich an [Art. 3 III GG](#) zu denken ist. Daran, dass dieses Unterfangen im Spannungsfeld von Menschenwürde, der Schutzpflicht für das Leben sowie des Diskriminierungsverbots außerordentlich komplex ist, kann kein Zweifel bestehen. Dies stellt jedoch keine Rechtfertigung für die Untätigkeit des demokratisch legitimierten Gesetzgebers dar, der dazu aufgerufen ist, Rechtssicherheit für Patienten, Angehörige und, nicht zuletzt, für Ärzte zu schaffen. Denn Zeit für ethische Überlegungen wird, soweit die Medizin als deskriptives Fach diese überhaupt bieten kann, in sich stets fundamental unterscheidenden Katastrophenszenarien kaum sein.

Es bleibt zu hoffen, dass sich spätestens das BVerfG in der ausstehenden Hauptsacheentscheidung dieser existenziellen Fragen annehmen wird. Dabei wird es sich dann auch nicht mehr auf die Erwägung zurückziehen können, dass der Eintritt einer Triage-Situation derzeit unwahrscheinlich sei – einem Argument, dem generell eine nur geringe Überzeugungskraft beigemessen werden kann, da die Entwicklung außergewöhnlich dynamisch verläuft und daher jederzeit „Corona-Hotspots“, verbunden mit einer mindestens örtlichen Knappheit medizinischer Ressourcen, auftreten können. Dass ein „irreversibler Schaden für die Antragstellenden“ also durchaus eintreten kann (anders [Rn. 9](#)), gilt umso mehr angesichts des gegenwärtigen Infektionsgeschehens, welches auf den (überregionalen) Beginn einer „zweiten Welle“ hindeutet.

Zitiervorschlag: Alexander Brade/Maxi Müller, Corona-Triage ohne gesetzliche Grundlage?, JuWissBlog Nr. 108/2020 v. 17.8.2020, <https://www.juwiss.de/108-2020/>



Dieses Werk ist lizenziert unter einer [Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International Lizenz](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

